

# GEDELEGEERDE INSUBORDINATIE

## Lagere regels die afwijken van parlementaire wetgeving

W.J.M. Voermans\*

### 1 KLEUR OP DE WANGEN VAN ‘GRAUE THEORIE’

*Een waartoe-is-het-staatsrecht-op-aarde-achtige inleiding voor de liefhebbers van het soort. Tip voor zakelijke snellezers: ga direct naar het kopje ‘Afwijken van hogere regels?’*

Aandacht voor de wijze waarop de normen van het Nederlandse staatsrecht de rechtsvormende taken en bevoegdheden van overheidsambten beheersen, is een van de centrale en vroegste thema’s in het werk van Tijn Kortmann.<sup>1</sup> En terecht. De essentie van het staatsrecht is dat het macht<sup>2</sup> breidelt, door het te monopoliseren<sup>3</sup> (dan wel te kanaliseren) en het vervolgens te distribueren. In een democratische rechtsstaat volgens het schema en de beginselen die aan de ideologieën die democratie en recht eigen zijn.

In de staatsrechtwetenschap beschrijven en duiden we de manier waarop staatsrechtelijk normen macht dressereren tot taken en bevoegdheden van ambten. We proberen daar aan de hand van ideeëngeschiedenis, parlementaire geschiedenis, vergelijking met andere stelsels, en hermeneutiek (welke betekenis kennen autoriteiten zoals rechters, rechtsgeleerden en anderen toe aan staatsrechtelijke normen) te begrijpen waarom het staatsrecht is zoals het is, en te begrijpen hoe het zich ontwikkelt. Dat tweede element is wellicht nog het lastigste in ons vak. Van alle rechtsgebieden bevindt het staatsrecht (of constitutionele<sup>4</sup> recht), als stelsel van geschreven en ongeschreven staatsrechtelijk normen, zich het dichtst van alle rechtsgebieden in de buurt van de wereld van, wat wel de blote (politieke) macht wordt genoemd. Politieke ontwikkelingen of ontwikkelingen binnen het openbaar bestuur kunnen het staatsrecht – al dan niet in strijd met de bestaande normen – veranderen. De meeste moderne constituties zijn bijvoorbeeld begonnen met de oerknal van een revolutie. Maar ook op minder dramatische wijze kunnen gewoonten en

---

\* Met dank aan Floriaan Huson – onderzoeker bij de Afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden – voor zijn waardevolle commentaren op een eerdere versie van deze tekst.

1 Het vormt al een rode draad in *Continuïteit van het staatsrecht*, en wordt later uitgewerkt in *Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987 en *Constitutio-neel recht*, Deventer: Kluwer 2008. Zie C.A.J.M. Kortmann, *Continuïteit van staatsrecht*, *RM Themis* 1976, p. 151 e.v.

2 De aardigste definitie van macht las ik bij Nial Ferguson. Die omschrijft het als volgt: ‘Power is about being able to get whatever you want at below the market price.’ Zie Niall Ferguson, *Colossus*, New York: Penguin Press 2004, p. 299.

3 Ik vind dat een mooier woord dan ‘soevereiniseren’, hoewel dat nog ietsje preciezer zou zijn.

4 Hier behandeld als synoniemen, zij het dat er kleine verschillen zijn.

(rechterlijke)<sup>5</sup> beslissingen in een keer of geleidelijk de stroom van het constitutionele recht verleggen. In Nederland kun je hier bijvoorbeeld denken aan de uitbreiding van de werking van het legaliteitsbeginsel na de Tweede Wereldoorlog, de ontwikkeling van de beginselen van behoorlijk bestuur, maar ook aan de ontwikkeling van de vertrouwensregel. Dat zijn allemaal ontwikkelingen die niet de (al dan niet codificerende) voorkeur van grondwetswijziging hebben genomen, maar die op een andere manier tot stand zijn gebracht. Het staatsrecht manifesteert zich dan – volgens mij de aardigste dimensie – als stormvloedkering. In beginsel open voor getijdenwerking, dicht bij gevaar voor het achterland. Dat geldt niet alleen het Nederlandse staatsrecht, dat is een wijsheid die in allerlei robuuste constituties bestorven ligt.<sup>6</sup>

Maar hoe moet je nu omgaan met het open karakter van het constitutionele recht? Studenten, politici, maar ook vakgenoten zijn er nog al eens teleurgesteld over. Staatsrechtelijke regels zijn – als tussenstanden van het discours tussen rechter, bestuur, wetenschap en politiek – moeilijk grijpbaar, slecht kenbaar en soms ook vluchtig. Daarom wordt er ook wel eens opgeroepen de Grondwet te verlevendigen, te moderniseren<sup>7</sup> of om meer lijn in de doctrine te trekken.<sup>8</sup> Voor politici is dat open karakter soms het signaal

5 De rol van de rechter bij de constitutioneelrechtelijke ontwikkeling is in Nederland een bijzondere, omdat de Nederlandse rechter in wezen geen formele rechtsvormende taak toekomt bij de ontwikkeling van het constitutionele recht. Dat verklaart wellicht ook het geringe animo van die rechter om zich zo relatief kort na de grondwetsherziening van 1983 te wagen aan constitutionele rechtsvorming. Tijn Kortmann beweert in een recente bijdrage zelfs dat niet al het staatsrecht zich leent voor toepassing door de rechter. Zie C.A.J.M. Kortmann (2008a), Wegwerprecht, oude dame of frisse juf? in: M.P.H. van Haften (red.) *De Grondwet herzien; 25 jaar later 1983-2008*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, directie Constitutionele Zaken en Wetgeving 2008, p. 24.

6 Zie voor de wijze waarop in de Verenigde Staten grote delen van het openbaar bestuur zich buiten en naast de grondwet om hebben ontwikkeld (en de vraagstukken die dat nu oplevert), David H. Rosenbloom, Retrofitting the Administrative State to the Constitution: Congress and the Judiciary's Twentieth-Century Progress, *Public Administration Review*, Vol. 60, 1, 2000, p. 39-46.

7 Aangewakkerd door de canongekte worden er allerlei pogingen ondernomen om onze Grondwet te verlevendigen. Zie daarover onder andere de krantenstukken van Barbara Oomen, Wij moeten nodig eens over onze Grondwet praten, *de Volkskrant* 27 oktober 2007 en van de minister van Binnenlandse Zaken Koninkrijksrelaties Guusje ter Horst, Grondwet moet veel meer bezielen; Een juridische tekst of een document dat allen verbindt?, *NRC Handelsblad* 27 februari 2008. Dit laatste stuk naar aanleiding van het symposium 'De onzichtbare Grondwet', georganiseerd ter gelegenheid van het 25-jarige jubileum van de grondwetsherziening dat ook op die dag in Den Haag werd gehouden.

8 Rob van Gestel & Philip Eijlander, Staatsrecht is geen grabbelton, *de Volkskrant*, Forum, 19 december 2006.

om de wel duidelijke regels in geval van onwelgevalligheid dan ook maar te overtreden.<sup>9</sup>

Wat je ook kunt proberen te doen, is de dynamiek van het constitutioneelrechtelijke discours beter begrijpen en te duiden. Wat vertelt de secundewijzer van de staatsrechtelijke rechtsontwikkeling over het uur waarop en de dag waarin we leven, en welke kant we opgaan? Hoe verhouden ontwikkelingen zich met de bestaande staatsrechtelijke normen en veranderen die normen zelf er door? Dat soort grotere duidingen laten we in het staatsrecht nogal eens over aan politicologen of bestuurskundigen. Eigenlijk onterecht. Zoals Tijn Kortmann pasgeleden het zelf nog zo treffend verwoordde, is het *néant* soms nuttiger dan het *être*.<sup>10</sup> Juist dan kan wat Kortmann noemt 'graue Theorie'<sup>11</sup> ineens veelzeggend en betekenisvol blijken. Kan in een betrekkelijk klein dossier een voorbeeld gevonden worden van een grotere constitutionele ontwikkeling.

Zo'n grotere constitutionele ontwikkeling is bijvoorbeeld de verschuivende verhouding tussen de overheidsmachten en daarmee de regels die die relatie beheersen. Om tal van redenen wordt in veel liberale rechtsstaten het bestuur als overheidsmacht al maar sterker in relatie tot de wetgever en de rechter. Het staatsrecht corrigeert daar af en toe (rechterlijke toetsing bestuurshandelen, versterking van het legaliteitsbeginsel, etc.), maar fixeert ook die sterkere positie van het bestuur. Daaraan gaan meestal rationalisaties vooraf ('natuurlijk moet het bestuur meer slagkracht krijgen om van allerlei publieke gevaren en risico's te kunnen bezweren en welvaart en geluk op een holletje te bezorgen.') Hoe die correcties en fixaties in het constitutionele recht verlopen, zie je echter niet alleen aan de hand van grote principiële constitutionele debatten (debatten die in Nederland bijna altijd vastlopen),<sup>12</sup> maar vooral in wat kleinere, bijna onzichtbare, dossiers, zoals in het slepende debatje over de vraag of via lagere regels af mag worden geweken van het hogere – parlementair vastgestelde – regels. Mag dat? Zo neen, zou dat dan moeten mogen? En wat vertelt de discussie over dit detail ons over de ontwikkeling van het landschap?

---

9 Zie voor krachtige Nijmeegse protesten tegen de wijze waarop in de affaire rond een motie van afkeuring betreffende Rita Verdonk (motie Dijsselbloem c.s., *Kamerstukken II* 2006/07, 19 637 van 12 december 2006) de parlementaire vertrouwensregel werd gehanteerd: Paul Bovend'Eert & Carla van Baalen in een interview met de Volkskrant (door Marcel van Lieshout), Het parlementair stelsel is verkracht, *de Volkskrant*, Binnenland, 15 december 2006, en later Tijn Kortmann, 150 Jaar staatsrecht in prullenbak, *NRC Handelsblad*, Opinie, 15 december 2006.

10 Kortmann 2008a, p. 8.

11 C.A.J.M. Kortmann (2008b), *Constitutioneel recht*, 6de druk. Deventer: Kluwer 2008, p. 349.

12 Zie bijvoorbeeld de discussie over constitutionele toetsing of het ontbreken van enige discussie naar aanleiding van het rapport van de Nationale conventie, *Hart voor de publieke zaak*, uit 2006.

### Afwijken van hogere regels?

Een lang verhaal vooraf om een schijnbaar klein onderwerp te introduceren; het via een lagere regeling afwijken van een hogere. Het probleem van afwijkende lagere regels trok binnen het Nederlandse staatsrecht en de wetgevingswetenschap tot voor kort weinig bekijks totdat Erik Jurgens zich er vanaf 1999 als een terriër in vastbeet. Jurgens reageerde indertijd op verschillende voornemens van de regering om via ruimhartige delegatieconstructies de omzetting van EG-richtlijnen te bespoedigen. Bij verschillende van die constructies zou het op de een of andere manier (zie hierna paragraaf 2) mogelijk worden om via een algemene maatregel van bestuur of soms zelfs via een ministeriële regeling af te wijken van bepalingen wet in formele zin. Dergelijke constructies lijken zo op het eerste gezicht strijdig met staatsrechtelijke regels en rechtsbeginselen. Bijvoorbeeld met het – door de commissie-Polak uit het legaliteitsbeginsel afgeleide<sup>13</sup> – primaat van de wetgever, dat inhoudt dat de bepaalde onderdelen van een wetgevingscomplex (met name de hoofdelementen) zijn voorbehouden aan de parlementaire wetgever. En het daarmee samenhangende verbod van blanco delegatie.<sup>14</sup> En ook het beginsel van de normenhiërarchie en het daarmee verband houdende beginsel dat regels hoger in de hiërarchie voorrang hebben op lagere (*lex superior derogat legi inferiori*). Jurgens zelf vond dat dergelijke afwijkingspraktijken ook in strijd zijn met artikel 81 van de Grondwet omdat, in zijn ogen, de wetgever op grond van dat grondwetsartikel de bevoegdheid om een formele wet te wijzigen niet kan attribueren aan een lagere regelgever.<sup>15</sup>

In deze bijdrage zal ik het verschijnsel afwijken van hogere regeling via lagere en de discussie die daarover bestaat, bespreken en mijzelf daarbij vier vragen stellen. De eerste vraag: hoe verhoudt afwijken zich tot bestaande staatsrechtelijke normen in Nederland? En de tweede: komt deze vorm van afwijking (vaak) voor in Nederland? Dan vraag drie: hoe wordt daar in het staatsrecht van andere rechtsculturen mee omgegaan? (Ik beperk me hierbij tot Frankrijk, Spanje en het Verenigd Koninkrijk.) En ten vierde: wat leert de

13 Eindrapport van de Commissie wetgevingsvraagstukken (cie.-Polak), *Orde in de regelgeving*, 's-Gravenhage 1985.

14 Zie daarover ook L.F.M. Besselink, H.R.B.M. Kummeling, R. de Lange, P. Mendelts & S. Prechal, *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, rapport in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Groningen: Europa Law Publishing 2002.

15 Net voor afloop van zijn Kamerlidmaatschap wist hij de senaat te verenigen achter een door hem ingediende motie waarin er bij de regering op wordt aangedrongen niet langer gebruik te maken van constructies waarbij lagere wetgevers worden gemachtigd regels vast te stellen die afwijken van de wet, dan wel regels vast te stellen die in plaats worden gesteld van bestaande wetteksten. *Kamerstukken I* 2006/07 26 200 VI, nr. 65/21 109, D.

discussie over afwijkende regels ons over de ontwikkeling van het Nederlandse staatsrecht op dit punt? Die vier vragen worden in het slothoofdstuk in de genoemde volgorde aan de orde gesteld. De bespreking van het verschijnsel insubordinatie van lagere regels geschiedt per land. Te beginnen met Nederland.

## 2 *LEX SUPERIOR DEROGAT LEGI INFERIORI?* MEESTAL DAN TOCH

Lagere regels die afwijken van hogere regels druisen in tegen de juristennaam, ja tegen allerlei intuïtief ervaren noties van goed staatsrecht en ordentelijk bestuur. En toch gebeurt het wel eens. Aanwijzing 34 van de Aanwijzingen voor de regelgeving bevatte – in de tekst zoals die luidde tot 13 september 2008 – sinds 1992 een bepaling die een kleine opening liet voor de noden van de bestuurlijke en wetgevingspraktijk.

‘In een hogere regeling wordt in beginsel niet toegestaan dat deze bij lagere regeling wordt gewijzigd.’

*In beginsel...*<sup>16</sup> Het was in bepaalde gevallen, volgens de toelichting bij die oude aanwijzing 34, toch denkbaar dat de hogere regelgever de lagere bevoegd verklaart om in de hogere regeling materieel wijziging te brengen. Liever deden we dat niet omdat dat tot onoverzichtelijke regelgeving leidde. Een uitzondering kan echter wel worden gemaakt, volgens diezelfde toelichting bij aanwijzing 34 (oud), voor het routinematig aanpassen van bij voorbeeld *tarieven*, voor afwijkende regelingen die bij wijze van *experiment* worden ingevoerd en voor aanpassingen die *ter uitvoering van internationale of EU-regelgeving* vereist zijn. De eerste twee uitzonderingen lijken inderdaad betrekkelijk onproblematische vormen van doorbreking van de normenhiërarchie. Om voor routinematig aanpassen van tarieven, bijvoorbeeld door een jaarlijkse indexering, steeds de wet zelf – als die tenminste het tarief bevat – te moeten wijzigen is het paard achter de wagen spannen.

Zo bepaalt artikel 11, derde lid, van de Werkloosheidswet dat:

‘Bij ministeriële regeling kunnen met betrekking tot de door de werkgever verschuldigde premies, bedoeld in het tweede lid, nadere en zonodig afwijkende regels worden gesteld.’

Het kan wetstechnisch natuurlijk fraaier, door bijvoorbeeld in de wettekst zelf te bepalen dat de verschuldigde premies voor de eerste maal op een be-

16 Pas op als een jurist ‘in beginsel’ zegt. Daarmee bedoelt die vaak: deze regel geldt voor u, en in het algemeen, maar niet altijd voor mij.

paald bedrag worden vastgesteld en dat ze later bij ministeriële regeling – wellicht onder voorwaarden – kunnen worden aangepast, maar enfin. Dit soort afwijkingen – ik spreek daar liever van dan van wijziging<sup>17</sup> – komt nogal eens voor. In wezen is hier niet echt sprake van een afwijking, maar van een opdracht van de formele wetgever om de regeling bij de tijd te houden.

Ook voor de tweede categorie van afwijkingen is wel enig begrip op te brengen: de wens om te experimenteren. Een voorbeeld daarvan treffen we aan in de Experimentenwet kiezen op afstand. Artikel 4, tweede lid, van die wet luidt:

‘Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld met betrekking tot de experimenten en de daarbij te gebruiken voorzieningen. Deze regels kunnen op het naastlagere niveau afwijken van het bepaalde in en krachtens de volgende onderdelen van de Kieswet.’<sup>18</sup>

Dit alles om op termijn de weg vrij te kunnen blazen om thuis vanachter de PC te kunnen stemmen, maar wel via gecontroleerde experimenten die affaires als met elektronische stemmachines moeten voorkomen.

Ook deze experimenteermogelijkheden lijken me weinig omstreden. De wetgever wilde juist die experimenten mogelijk maken, alleen was op het tijdstip van de vaststelling van de wet zelf nog niet helemaal duidelijk welke inhoud het experiment zou hebben en welke voorzieningen nodig zouden zijn.

Problematisch zijn volgens mij alleen die afwijkingen waarmee ook (daadwerkelijk of in aanleg) van de wil van de wetgever wordt afgeweken. Zo’n soort inhoudelijke afwijking ligt niet in verlengde van de wil van de wetgever, maar behelst een andere beslissing, een inhoudelijk andere norm dan de wetgever aanvankelijk vaststelde en ook bedoelde. De toelichting van Aanwijzing 34 noemt slechts één categorie van dat soort mogelijke afwijkingen: aanpassingen die voor de *uitvoering van internationale of EU-regelgeving* vereist zijn. Het gebruik van die laatste afwijkingsmogelijkheid – al jaren strijk en zet<sup>19</sup> – heeft de afgelopen tijd vrij plotseling bekijks gekregen.

17 Er wordt namelijk formeel helemaal niks gewijzigd, de wettekst blijft gewoon de wettekst ook al wordt er bij lagere regeling van afgeweken.

18 ‘Naastlager’ is een woord dat het Groot woordenboek van de Nederlandse taal (Van Dale) noch het Groene boekje kent, maar het betekent dat alleen mag worden afgeweken via een regeling die een trapje lager staat op de regelingsladder. Afwijken van de wettelijke voorschriften kan dan alleen bij algemene maatregel van bestuur en niet bij een ministeriële regeling.

19 Zie bijvoorbeeld Ph. Eijlander & W. Voermans, *Eenheid en verscheidenheid in regelgeving van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat; bouwstenen voor een departementbreed wetgevingsbeleid*, Rapport, Tilburg: Centrum voor wetgevingsvraagstukken 2001.

### Het versnellen van de omzetting van EG-richtlijnen via gedelegeerde subordinationatie

De afgelopen 10 jaar heeft de regering verschillende keren geprobeerd gebruik te maken van de uitzonderingsmogelijkheid om ter wille van de uitvoering van EU-regelgeving afwijking via lagere regelgeving toe te staan. Op dit ogenblik wordt de omzetting van EG-richtlijnen nog al eens opgehouden doordat voor elke wissewasje de volledige formele wetsprocedure moet worden doorlopen. Dat is vooral ergerlijk als een richtlijn, die in Nederland is omgezet in een wet in formele zin, vaak – op ondergeschikte punten – wordt gewijzigd. Dat leidt dan nogal eens tot een dubbele verliespost. Na een wijziging van de richtlijn – hoe klein dan ook – moet de hele wet waarin aanvankelijk is omgezet worden gewijzigd. Iets waarop het parlement vaak helemaal niet zit te wachten. En het leidt ook nogal eens tot onnodige vertraging bij de omzetting omdat het nu eenmaal langer duurt een wet in formele zin vast te stellen dan een algemene maatregel van bestuur of een ministeriële regeling.<sup>20</sup>

De introductie van een artikel 18.2 van het voorstel tot wijziging van de Telecommunicatiewet<sup>21</sup> uit 1997 was zo een poging om richtlijnomschrijving te bespoedigen. Die bepaling maakte het mogelijk bij lagere regelgeving af te wijken van bepalingen van de Telecommunicatiewet als latere EG-regelgeving daartoe zou dwingen. De Eerste Kamer verzette zich tegen deze constructie. Niet eens zozeer tegen het principe, maar wel omdat de Kamer de zaken in een wat breder verband kon zien. De regering werd gevraagd om een breder afwegingskader te fourneren. Dat kwam er in de vorm van een kabinetsstandpunt uit 1999 over de toelaatbaarheid van bevoegdheden tot versnelde implementatie.<sup>22</sup> In dat standpunt wordt vooral ingegaan op de vraag of constructies toelaatbaar zijn die een algemene voorziening bieden om ter implementatie van toekomstige richtlijnen gedelegeerde regelgeving vast te stellen of, indien dat noodzakelijk lijkt, ook (tijdelijk) afwijking van een bepaling in een wet in formele zin toe te staan indien een dergelijke bepaling strijdt met een richtlijn bepaling (*buitenwerkingstellingsbevoegdheid*). De slotsom van het kabinet is dat de Grondwet zich niet verzet tegen de toekenning van buitenwerkingstellingsbevoegdheid aan lagere regelgevers.

20 Ellen Mastenbroek heeft echter laten zien dat het verschil in tijdsduur tussen het vaststellen van een wet in formele zin die een richtlijn implementeert en een algemene maatregel van bestuur die datzelfde doet, niet erg groot is. E. Mastenbroek, *Surviving the deadline: The transposition of EU directives in the Netherlands*, *European Union Politics* 2003-4, p. 371-395.

21 *Kamerstukken I*, 1998/99, 25 533, nr. 11b.

22 Kabinetsstandpunt Versnelde implementatie van EG- en andere internationale besluiten (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 200 VI, nr. 65) en de vervolgotitie (*Kamerstukken II* 1999/00, 26 800 VI, nr. 79).

Indien Europese of andere internationale regelgeving van grote invloed is op een beleidsterrein, en de implementatietermijnen zó kort zijn dat implementatie volgens de gebruikelijke procedures illusoir wordt, kan, volgens het kabinet, worden voorzien in een bevoegdheid tot tijdelijke buitenwerkingstelling van wettelijke of amvb-bepalingen bij lagere regeling, onder gelijktijdige vaststelling van de nodige implementatieregels bij die regeling (indeplaatsstelling). Uit een oogpunt van de rechtsstatelijke kwaliteit van regelgeving moet, volgens het kabinet, van die bevoegdheid echter zeer terughoudend gebruik worden gemaakt en moet voldaan zijn aan een aantal strikte voorwaarden.<sup>23</sup> Het kabinetsstandpunt ondervond niet overal bijval. De Eerste Kamer stelde zich in de motie Jurgens op het standpunt dat de implementatie van EU (c.q. EG)-besluiten in een normaal constitutioneel proces zou moeten plaatsvinden.<sup>24</sup> Na het debat over dat kabinetsstandpunt<sup>25</sup> werd in twee wetsvoorstellen (aanpassing Mediawet en wetsvoorstel bereiding en het in het verkeer brengen van diervoeders)<sup>26</sup> een gemitigeerde buitenwerkingstellings- en indeplaatsstellingsbevoegdheid opgenomen. De Tweede Kamer ging akkoord, maar in de senaat liep het kabinet wederom in het mes van een motie Jurgens, inmiddels de nationaal dossierhouder van de insubordinerende delegatie.<sup>27</sup> In die motie uit het voorjaar 2004 werd het kabinet opgeroepen zijn standpunt ten aanzien van de wenselijkheid van bijzondere wettelijke bepalingen voor het waarborgen van tijdige implementatie te heroverwegen. De Eerste Kamer wilde met name weten of er niet een grondwettelijke basis voor versnelde omzetting en de daarbij behorende bijzondere wettelijke machtigingsconstructies moest komen.

Terwijl het kabinet daarop broedde, kwam de discussie in datzelfde voorjaar van 2004 nog verder op scherp te staan door het door de Minister van Economische Zaken ingediende wetsvoorstel totstandkoming en implementatie van EG-besluiten op het terrein van de energie, post en telecommu-

23 Het kabinet noemt zeven voorwaarden, waaronder: strikte noodzaak, een bijzondere wet moet er toe machtigen (geen algemene machtigingswet), alleen voor implementatie, alleen buitenwerkingstelling via regeling op het naastlagere niveau (weer dat vermaledijde woord, *WV*), voorhangprocedure bij implementatie van niet rechtstreeks werkende internationale regelingen, alleen tijdelijk en steeds plaatsing van de buitenwerkingstelling en indeplaatsstelling in het Staatsblad. Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 200 VI, nr. 65, p. 5-6.

24 Motie Jurgens, Kohnstamm en De Wolff, *Kamerstukken I* 2000/01, 26 200 VI nr. 65 en nr. 37b.

25 *Handelingen I* 2000/01, 2 p. 54.

26 Het wetsvoorstel tot wijziging van de Mediawet met het oog op noodzakelijke verbeteringen van de wet en de uitvoering daarvan (*Kamerstukken I* 2002/03, 28 476, nr. 189) en het wetsvoorstel houdende bepalingen aangaande onder meer de bereiding en het in het verkeer brengen van diervoeders (*Kamerstukken I* 2002/03, 28 173, nr. 212).

27 Zie B. Steunenberg & W. Voermans (2005a), De Bermudadriehoek van de versnelde implementatie, *RegelMaat* 2005/6, p. 205.



nicatie (EZ-voorstel).<sup>28</sup> Dat – inmiddels ingetrokken – voorstel kende een stelsel op grond waarvan wijzigingsrichtlijnen en wijzigingsverordeningen bij lagere regelgeving kunnen worden geïmplementeerd als de basisregeling al een keer in een Nederlandse wet was geïmplementeerd. Het voorstel introduceerde daartoe een systeem van buitenwerkingstelling en indeplaatsstelling dat kool en geit probeerde te sparen: het systeem van de concordantietabellen. Dat systeem, waarbij in bijlagen (concordantietabellen) bij de wet wordt aangegeven welk artikel uit de wet strekt tot implementatie van welk artikel uit een richtlijn of een verordening, maakte het mogelijk om, indien wijziging van Europese wetgeving daartoe aanleiding geeft, bij lagere regelgeving tevoren aangewezen bepalingen (genoemd in die bijlage) van de wet te laten vervallen. Het systeem werd geflankeerd door het voornemen van de Minister van Economische Zaken om het Nederlandse parlement eerder te informeren over (de stand van zaken met betrekking tot) de totstandkoming van richtlijnen en verordeningen op de relevante terreinen en ook de Raad van State vroegtijdig te betrekken.<sup>29</sup> De Kamer sribbelde bij de behandeling wat tegen ook met het oog op de principiële discussie die op dit punt bestond tussen kabinet en Eerste Kamer.

Om de kou wat uit de lucht te nemen stuurde het kabinet in juli 2004 een brief naar de Eerste Kamer met daarin het gevraagde bijgestelde kabinetsstandpunt.<sup>30</sup> In die brief kiest het kabinet er voor EU-regels te implementeren via de bestaande wetgevingssystematiek. Dat betekent dat er geen bijzondere delegatiebepalingen met of zonder mogelijkheid tot afwijking van de wet behoeven te worden ontwikkeld of toegepast, volgens het kabinet. Het wordt dan wel een beetje een semantische discussie, want het kabinet zegt in diezelfde brief dat het systeem EZ-voorstel een voorbeeld vormt van een reguliere delegatiesystematiek. Buitenwerkingstellingsconstructies en indeplaatsstellingen leveren in de ogen van het kabinet geen afwijkingen op. Tja. Dat is natuurlijk maar de vraag. Stel dat een ooit geïmplementeerde richtlijn aanzienlijk wordt gewijzigd en die wijziging wordt via een inde-

28 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 474, nrs. 1-3.

29 Daartoe zou de minister de Kamers informeren over: (a) het regeringsstandpunt op hoofdlijnen ten aanzien van een voorstel van de Commissie van de Europese Gemeenschappen voor een dergelijke richtlijn of verordening, alsmede (b) het standpunt op hoofdlijnen dat hij wil innemen in de vergadering van de Raad van Ministers waarin al dan niet wordt besloten om een gemeenschappelijk standpunt vast te stellen, hetzij, indien van toepassing, in vergaderingen van de Raad van Ministers waarin cruciale andere besluiten (politiek akkoord, algemene oriëntatie) worden genomen (waarbij hij in voorkomend geval bij het standpunt op hoofdlijnen de resultaten van de voorlichting door de Raad van State voegt).

30 *Kamerstukken I* 2003/04, 29 200 VI-F en – naar aanleiding van de discussie over de Mediawet – het bijgestelde kabinetsstandpunt over de wenselijkheid van bijzondere wettelijke bepalingen voor het waarborgen van tijdige implementatie, *Kamerstukken I* 2003/04, 29 200 VI, F, tweede herdruk.

plaatstelling per lagere regelgeving in het wettelijke stelsel gebracht, dan kan dat de facto best een afwijking opleveren van de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever. Het Nederlandse parlement heeft dan niet meegepraat over die koerswijziging en ook geen ruimte gehad om afwegingen te maken over vorm en middelen zoals die bestaan binnen de implementatiebandbreedte.<sup>31</sup> Verder zoekt de brief wel naar een doelmatig niveau van implementatie – een beetje ruimere delegatie is mogelijk bij EU-implementatie dan bij nationale regelingen – en ziet die veel in een eerdere betrokkenheid van de Kamers bij de voorbereiding en omzetting van richtlijnen. Voor noodsituaties, ten slotte, beveelt het kabinet maatwerk aan.

De brief werd in de Eerste Kamer met een filippica van Jurgens onthaald. Die stelde dat het toestaan van delegatieconstructies, die het mogelijk maken dat bij lagere regelgeving wordt afgeweken (bijvoorbeeld via indeplaatsstelling) van een wet in formele zin, in beginsel in strijd zou zijn met artikel 81 van de Grondwet.<sup>32</sup> Dat is misschien een beetje een gelegenheidsargument, maar wel het enige juridisch harde argument, omdat over de rangorde van wettelijke voorschriften en het primaat van de regelgeving geen geschreven regels bestaan in Nederland. Ze worden alleen erkend in de jurisprudentie en de doctrine.<sup>33</sup> Donner zag, in antwoord op Jurgens, het probleem van de strijd met de Grondwet niet. Volgens Donner was die wel vaker voorkomende afwijkingspraktijk wel oorbaar onder artikel 81 van de Grondwet omdat de wetgever de afwijkingsmogelijkheid bewust schept. De wetgever is er immers zelf bij waar hij dergelijke afwijkingsmogelijkheden creëert.<sup>34</sup> Verder wordt met afwijkingen via lagere regelingen ook de wet niet in de werkelijke zin gewijzigd – het is geen *actus contrarius*.<sup>35</sup>

31 Dat is ook waarom ik het niet eens ben met de constatering van Van den Brink (en die verwijst daarvoor naar het proefschrift van zijn promotor De Zwaan) dat er bij implementatie van EG-regelgeving twee primaten op elkaar botsen. De een het nationale primaat en de andere het primaat (en voorrang) van de gemeenschapswetgever. Die twee primaten zijn van een heel verschillende orde, vooral waar het gaat om de implementatie van EG-besluiten. Zie A. Van den Brink, *Regelgeving in Nederland ter implementatie van EU-recht*, Diss. Erasmus Universiteit Rotterdam 2004, Rotterdam. Ook uitgegeven bij Kluwer: Deventer 2005, p. 76 e.v.

32 *Handelingen I* 2004/05, 14, p. 645-649.

33 Zo ook Kortmann 2008b, p. 360.

34 *Handelingen I* 2006/07, (14 maart 2006), 21 p. 1007.

35 *Handelingen I* 2006/07, 21 p. 1008. Ook de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft zich op dit standpunt gesteld. Afwijken via lagere regeling verdient geen schoonheidsprijs, volgens haar, maar deze praktijk is – ook buiten het kader van EG-implementatie – in beginsel in overeenstemming met artikel 81 Grondwet, aangezien die laatste bepaling niets zegt over de vraag welke onderwerpen aan de formele wetgever voorbehouden zijn, ja zelfs geheel in het midden laat wat de inhoud van een wet moet zijn. Zie de brief van 11 mei 2007, *Kamerstukken I* 2006/07, 26 200 VI, nr. 65 en 21 109, B, p. 6-7.

### Het venijn in de staart van de versnellingsdiscussie: komt afwijken eigenlijk vaak voor?

Onbedoeld liet Donner met zijn uitspraak dat de afwijkingspraktijk vaak voorkomt, de geest uit de fles. Weliswaar levert bij lagere regeling afwijken van de wet niet direct strijd op met de Grondwet, maar er rezen vragen over. Er werd weer een motie-Jurgens in de Eerste Kamer aangenomen, dit maal om afwijken verder te ontmoedigen door een aanscherping van de Aanwijzingen voor de regelgeving.<sup>36</sup> De minister van Justitie liet daarop ook een onderzoek naar gevallen van afwijken instellen.<sup>37</sup> Niemand had er tot op dat moment eigenlijk een notie van hoe vaak afwijkingsmogelijkheden voorkwamen en in welke soorten en maten. Dat onderzoek, uitgevoerd door de Leidse studentstagiair Floriaan Huson – inmiddels onderzoeker – uit 2006 gaf nogal een ontluisterend beeld.<sup>38</sup> Hij vond – zonder daar de buitenwerkingstellings- en indeplaatstellingsbepalingen mee te nemen<sup>39</sup> – maar liefst 297 bepalingen die via algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling afwijking van een wet in formele zin mogelijk maken.<sup>40</sup> Al vormen veel van die bepalingen relatief klein grut omdat het bijvoorbeeld gaat om het regelen van experimenten, en het geven van enige armslag aan het bestuur in nood- en spoedgevallen, voor een aanzienlijk deel van de verzameling gaat dat excuus niet op.<sup>41</sup> Daar kan gewoon bij lagere regeling van de wil van de wetgever worden afgeweken. Zoals dat wel meer gebeurt bij onderzoek naar gedelegeerde regelingen<sup>42</sup> – waar we tot voor kort niet al te veel van wisten – was er eerst een schok en daarna een snelle actie. De beide in 2007 agetreden ministers gaven onmiddellijk, de een na de ander, toe dat dit afwijken bij lagere regelingen geen schoonheidsprijs verdiende, ook al wordt er niet direct een grondwettelijke regel overtreden. De minister van Justitie, inmiddels Hirsch Ballin, zegde naar aanleiding van het beeld van de veelvuldig voorkomende afwijkingsbepalingen de Eerste Kamer drie dingen toe. Ten eerste een geactualiseerde lijst van afwijkingsbepalingen, ten tweede een aanscherping van de Aanwijzingen voor de regelgeving (om verdere afwij-

36 *Kamerstukken I* 2005/06, 21 109, nr. A.

37 Na een toezegging in de Eerste Kamer. *Handelingen I* 2005/06, 21 p. 1003.

38 F.R.P. Huson, *Afwijkende regels; afwijken van wetten in formele zin bij algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling*, Afstudeerscriptie Universiteit Leiden 2006.

39 Ook wijzigings-, intrekings-, overgangs- en invoeringswetten zijn buiten beschouwing gebleven; loketverwijzingen (toestaan dat een aanvraag door een ander orgaan dan dat in de wet genoemd, wordt behandeld) en ontheffingen zijn ook niet meegenomen.

40 Waaronder ook 21 bepalingen met daarin een afwijkingsplicht.

41 Husons onderzoek werd in een brief van 11 mei 2007 van de minister van Justitie aan de Eerste Kamer gepresenteerd. *Kamerstukken I* 2006/07, 26 200 VI, 65, 21 109, B, p. 9-10.

42 Zie W.J.M. Voermans & Ph. Eijlander, *Regelgeven in de schemerzone; De kwaliteit van ministeriële regelingen onderzocht*, *RegelMaat* 2002/4, p. 123-132.

kingsbepalingen in de toekomst te voorkomen) en ten derde een opschoningsoperatie.<sup>43</sup> Inmiddels is er op 1 september 2008 een brief uitgegaan naar de Eerste Kamer met daarin het eerste resultaat van de opschoningsoperatie en de opgeschoonde lijst met afwijkingsbepalingen. De teller staat nu op 265 bepalingen in wetten in formele zin<sup>44</sup> die het mogelijk maken om bij lagere regeling af te wijken. De brief verdeelt de verzameling in drie categorieën, te weten:

1. afwijken: er is echt sprake van afwijken van de wet;
2. pseudo-afwijken: de term 'afwijken' wordt wel in de delegatiebepaling gebruikt, maar er wordt materieel niet afgeweken in de lagere regeling (en dat is ook niet de bedoeling);
3. gerechtvaardigd afwijken: er is sprake van afwijken van de wet, maar in het kader van een experiment of noodtoestand; deze bepalingen kunnen in stand blijven.

Categorie 2 komt 59 keer voor en categorie 3, 39 keer. De werkelijke pijn zit in categorie 1-bepalingen waarvan er nog steeds 167 bestaan. Dat zijn veelal bepalingen die ook problematisch afwijken, i.e. afwijken van de wil van de wetgever mogelijk maken. Daaronder zitten zulke draken als artikel 123, lid 7, van de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens:

‘Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld over de opnemings van gegevens over het verblijfsrecht van de vreemdeling bij de aanleg van een persoonslijst. Deze regels kunnen afwijken van het bepaalde in deze afdeling.’

‘Brrr.’

Een blanco cheque voor het bestuur om maar zelf iets te gaan regelen, *n'en déplaie* wat de volksvertegenwoordiging er van vond of vindt.<sup>45</sup> Goed dat daar iets aan gebeurt. Het kabinet heeft zich voorgenomen de afwij-

43 *Handelingen I* 2006/07, 29 p. 880-887 en de brief van de minister van Justitie van 27 februari 2008, *Kamerstukken I* 2007/08, 26 200 V, 65 en 21 109, E.

44 En daar hadden we er tot voor kort (2004) ca. 1800 van (inmiddels weer minder begreep ik – zo'n 1500). Dat is dus – conservatief geschat – ongeveer 1:6.

45 En dat van Donner. Juist toen hij als minister gedeeltelijk medeverantwoordelijk voor deze regeling was, verklaarde hij ten overstaan van de Eerste Kamer zelf dat bij precies deze constructie onwenselijk vond. In Donners eigen woorden: ‘om reden van ordelijkheid in de wetgeving blijft het echter ongewenst dat lagere wetgeving potentieel een andere regel bevat dan een hogere wet en dat die regel een hogere regel te boven gaat. Dat schept rechtsonzekerheid. Zeker waar dat meer algemeen wordt aangegeven, dreigt op een goed moment inderdaad dat de wetgeving wegzuigt uit de formele wet naar in wezen lagere wetgeving. Een algemene bepaling “er kan bij AMvB afgeweken worden van de wettelijke bepalingen in deze wet” laat in beginsel open of dan alsnog een totaal ander onderwerp kan worden geregeld of dat het onderwerp wel moet vallen binnen de wetgeving.’ Zie *Handelingen I* 2006/07, 21 p. 1000.

kingsbepalingen uit categorie 1 in lijn te brengen met het meest recente kabinetstandpunt naar aanleiding van de motie Jurgens. Dat wil zeggen dat de mogelijkheid om afwijkende regels te stellen of wijzigingen in de wet aan te brengen door middel van lagere regelgeving wordt geschrapt, en dat eventueel reeds vastgestelde afwijkende regels in overeenstemming met de wet worden gebracht, worden geschrapt of op het niveau van de wet worden vastgesteld. In sommige gevallen zijn deze wijzigingen – zo meldt de recente september brief van de Minister van Justitie – reeds in procedure gebracht, in andere gevallen dient er nog een wetsvoorstel en eventueel een algemene maatregel van bestuur te worden voorbereid.

### 3 AFWIJKEN IN FRANKRIJK: HET GEBRUIK VAN ORDONNANCES

Kunnen in Frankrijk lagere regels derogeren aan parlementaire wetten (lois)? In beginsel niet.<sup>46</sup> Ook in Frankrijk geldt een normenhiërarchie tussen parlementaire wetten en lagere, gedelegeerde regelingen, zij het dat de context een wat andere is. Zo heeft de Franse regering op basis van de Franse Grondwet een eigen, autonome regelingsbevoegdheid voor die terreinen waarop de wetgever niet bevoegd is.<sup>47</sup> Daarnaast heeft de regering – onder de aanvoering en regie van de eerste minister – ook de – niet autonome – bevoegdheid om wetten uit te voeren.<sup>48</sup> Die tweede bevoegdheid is een beetje een struikeldraadje voor in Nederland geschoolde juristen. Er hoeft niet altijd een heel duidelijke, aanwijsbare delegatiebepaling in een Franse wet te bestaan, als grondslag voor het maken van uitvoeringsregels. De ministers<sup>49</sup> kunnen ook uitvoering geven aan wetten zonder dat de wetgever ze daartoe in het bijzonder machtigt. Artikel 21 van de Franse Grondwet geeft de regering een heel algemene bevoegdheid tot het uitvoeren van wetten, zelfs in de vorm van regels.

46 Zie ook Steunenbergh & Voermans (2005b), *De omzetting van Europese richtlijnen: Instrumenten, technieken en processen in zes lidstaten vergeleken*, in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het ministerie van Justitie (met medewerking van Sara Berglund, Antoaneta Dimitrova, Michael Kaeding, Ellen Mastenbroek, Anne Meuwese, Marleen Romeijn). Den Haag/Leiden: WODC 2005, p. 95-99.

47 Artikel 33 van de Franse Grondwet noemt de terreinen waarop de wetgever exclusief bevoegd is en artikel 37 van diezelfde Grondwet verklaart de regering bevoegd tot: 'Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.'

48 Zie artikel 21 van de Franse Grondwet.

49 De Conseil d'État staat toe dat ook ministers – naast de eerste minister – via 'décrets simples' uitvoering geven aan wetten. Zie daarover ook C.A.J.M. Kortmann, *The French Republic*, in: Lucas Prakke & Constantijn Kortmann (eds.), *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Deventer: Kluwer 2004, p. 273.

Een vorm die wel wat op afwijken lijkt, treffen we aan in artikel 38 van de Franse Grondwet. Daarin is de mogelijkheid voor de regering opgenomen om op basis van een parlementaire machtiging regels te stellen op het terrein dat op grond van artikel 33 van de Grondwet eigenlijk exclusief aan de wetgever is voorbehouden. Als de regering zo'n machtiging krijgt, kan ze daarmee regelingen (*ordonnances*) maken en afkondigen met kracht van wet (zelfs in afwijking van bestaande wetten). Er is echter wel een belangrijke voorwaarde. Dergelijke *ordonnances* moeten wel gevolgd worden door ratificatie via een parlementaire goedkeuringswet. Wordt zo'n *ordonnance* binnen de door de machtigingswet bepaalde termijn niet gevolgd door een goedkeuringswet dan vervalt die van rechtswege.<sup>50</sup>

De machtiging tot het maken van 'ordonnances' is een paardenmiddel dat alleen in bijzondere omstandigheden wordt toegepast.<sup>51</sup> Dat hoeft trouwens lang niet altijd staatsnood of dringende spoed te zijn. Zo werd in 2004 nog een machtiging afgegeven om per *ordonnance* een aantal richtlijnen om te zetten.<sup>52</sup>

#### 4 NOOD BREEKT WETTEN IN SPANJE: DE *REAL DECRETO-LEY*

Spanje kent gelijksoortige mogelijkheden om per wetsdecreet af te wijken van met medewerking van het parlement vastgestelde wetten.<sup>53</sup> De Spaanse Grondwet kent in artikel 86 bijvoorbeeld de regering de bevoegdheid toe om decreten vast te stellen die kracht van wet hebben en ook van dezelfde rang zijn als wetten die zijn vastgesteld met de medewerking van het parlement. De regering kan zo'n wetsdecreet (*Real decreto-ley*) vaststellen in geval van buitengewone en dringende noodzaak. Er gelden wel strikte voorwaarden. Dergelijke wetsdecreten zijn naar hun aard tijdelijk en het parlement moet binnen dertig dagen goedkeuren of verwerpen. De *decreto-ley* is een instru-

50 In het Frans zoveel mooier: 'deviennent caduque.'

51 Steunenberg & Voermans 2005b, p. 98.

52 Loi n° 2004-237 du 18 mars 2004 portant habilitation du Gouvernement à transposer, par ordonnance, des directives communautaires et à mettre en oeuvre certaines dispositions du droit communautaire, *JORF* 19 maart 2004. Dat was al de tweede in korte tijd. In 2001 was ook al met dat bijltje gehakt. Loi n° 2001-1 du 3 janvier 2001 portant habilitation du Gouvernement à transposer, par ordonnances, des directives communautaires et à mettre en oeuvre certaines dispositions du droit communautaire, *JORF* 4 januari 2001.

53 Ook de Italiaanse constitutie kent dergelijke wetsdecreten (*decreti leggi*) die net als de Spaanse wetsdecreten in geval van nood of spoed gebruikt kunnen worden en de kracht en rang van wet hebben. De Italiaanse wetsbesluiten behoeven – net als de Spaanse – parlementaire ratificatie achteraf. Ingeval die uitblijft, vervalt de *decreto legge* van rechtswege. Zie artikel 77 van de Italiaanse Grondwet. Het Spaanse en Italiaanse systeem van regeringsbesluiten en delegatie lijken erg op elkaar.

ment voor bijzondere omstandigheden dat in een enkel geval ook wel eens wordt gebruikt om de regering in staat te stellen om de gevolgen van een infractieprocedure af te wenden. Een dergelijk gebruik wordt door Spaanse commentatoren wel als lichtvaardig gebruik beschouwd. Voor dergelijke trivia is het zware instrument eigenlijk niet bedoeld.<sup>54</sup> Net als de Franse regering heeft de Spaanse regering een bevoegdheid om wetten uit te voeren, zelfs zonder dat de wet daartoe zelf machtigt. Die *potestad reglamentaria* kan ook in de vorm van algemene bindende regels worden uitgeoefend, echter zo'n regeling kan nooit aan de wet derogeren.

Ook via een specifieke delegatie in een wet kan de regering bevoegd worden gemaakt om nadere regels te stellen. Er zijn twee mogelijkheden: 1. materiële delegatie via een zogenaamde *ley de bases* (basiswet) waarmee de bevoegdheid tot het stellen van nadere regels over onderwerpen die al in de wet aan de orde zijn wordt doorgegeven, en 2. formele delegatie via een *ley ordinaria* (gewone wet).<sup>55</sup> Een gewone wet kan alleen de bevoegdheid doorgeven om een aantal wetten en wijzigingswetten te consolideren, d.w.z. de verschillende onderdelen bijeen te brengen in een nieuwe doorlopende wettekst. Delegatie kan – zo beveelt artikel 82, derde lid, van de Spaanse Grondwet – alleen maar voor een specifiek bepaald onderwerp en voor een vooraf vastgestelde termijn. Eenmaal gebruikt vervalt de delegatiegrondslag. Bijzonder in het Spaanse systeem is dat de regels die de regering mag stellen op basis van zo'n specifieke delegatie (de *decretos legislativos*) dezelfde kracht en rang hebben als een parlementaire wet (*Ley*). Al heeft een decreto legislativo dan dezelfde kracht als een parlementaire wet, ervan afwijken mag eigenlijk niet. Artikel 83 van de Spaanse Grondwet verbiedt het de wetgever via een basiswet een machtiging te verlenen voor het wijzigen van wetten.

## 5 AFWIJKEN IN HET VERENIGD KONINKRIJK: *HENRY VIII POWERS*

Ook in het Verenigd Koninkrijk is het – zoveel staat nu vast – onder het stelsel van de European Communities Act 1972 (ECA 1972) in een aantal gevallen toegestaan om bij lagere regeling af te wijken van een hogere. Zelfs van een Act of Parliament. Dat kan via de werking van de '*Henry VIII clauses*'<sup>56</sup> – vergaande delegaties die lagere regelgevers toestaan hogere regels te

54 José Martín y Pérez de Nanclares & Antonio López Castillo, *Droit de l'UE et constitutions nationales (Espagne)*, London: country report FIDE XX Congress 2002, p. 30 e.v.

55 Artikel 82 van de Spaanse Grondwet.

56 De naam ontleen ze aan de Statute of Proclamation (1539) die de toenmalige Koning – Hendrik VIII – de bevoegdheid gaf 'proclamaties' te doen, i.e. besluiten af te kondigen, die de kracht hadden van een parlementaire wet. Er zijn twee soorten Henry VIII clauses, de prospectieve (wetgeven in afwachting van een later besluit van het parlement) en

wijzigen of ervan af te wijken. Al bestaat deze delegatietechniek in de vorm van derogerende Henry VIII bepalingen al sinds 1539, de toepassing ervan is in het Verenigd Koninkrijk omstreden.<sup>57</sup> De Britse tegenhanger van de commissie-Polak, de Donoughmore Committee, zag in 1932 eigenlijk alleen nog maar ruimte voor de toepassing van Henry VIII delegatie in geval van nood of om de invoering van een wet te vereenvoudigen.<sup>58</sup> Het was dus na 1972 nog geen uitgemaakte zaak of deze vorm van delegatie onder het stelsel van de ECA 1972 toegepast zou mogen worden. De tekst van secties 2 en 4 van Schedule van de ECA 1972 lijken – in samenhang gelezen – wel in die richting te wijzen.<sup>59</sup> In de praktijk werd er al gebruik van gemaakt.<sup>60</sup> In een recente zaak – *Thoburn v Sunderland City Council (the Martyrs Case)* uit 2002<sup>61</sup> – is ten principale vast komen te staan dat het stelsel van de ECA 1972 inderdaad ook derogerende delegatie bij de uitvoering van EG-recht toestaat. Overigens stelt diezelfde ECA 1972 wel voorwaarden aan gedelegeerde omzetting en uitvoering van EG-recht. Voorstellen voor regeringsdecreten, ministeriële regelingen of andere gedelegeerde regelingsinstrumenten (tezamen aangeduid met de verzamelnaam ‘statutory instruments’) zijn onderworpen aan parlementaire voorhang. Die bestaan in twee varianten, de

---

retrospectieve (de bevoegdheid om van een eerdere wet af te wijken of die te wijzigen). De laatste categorie is natuurlijk de meest problematische.

57 Zie N.W. Barber & Alison L. Young, *The Rise of Prospective Henry VIII Clauses and their Implications for Sovereignty*, *Public Law* 2003, p. 112-127.

58 Report of the Committee on Minister's Powers ('Donoughmore-report') (*Cmd* 4060, 1932). Een commissie die zich vijftien jaar geleden over delegatie van regelgevende bevoegdheid boog, kwam tot min of meer hetzelfde oordeel. Committee on the Scrutiny of Delegated Powers, *First report* (1992-93, *H.L.* 57).

59 Section 2 van Schedule 2 luidt:

'2. — (1) Subject to paragraph 3 below, where a provision contained in any section of this Act confers power to make regulations (otherwise than by modification or extension of an existing power), the power shall be exercisable by statutory instrument.

(2) Any statutory instrument containing an Order in Council or regulations made in the exercise of a power so conferred, if made without a draft having been approved by resolution of each House of Parliament, shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House.'

En section 4 van datzelfde Schedule luidt (voor zover hier van belang):

'4. — (1) The power to make orders under section 5(1) or (2) of this Act shall be exercisable in accordance with the following provisions of this paragraph.

(2) The power to make such orders shall be exercisable by statutory instrument and includes power to amend or revoke any such order made in the exercise of that power.

(3) Any statutory instrument containing any such order shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of the House of Commons except in a case falling within subparagraph (4) below. (...).'

60 Zie ook Steunenberg & Voermans 2005b, p. 158-159.

61 [2002] EWHC 195 (Admin) (18 February 2002). In dit geval ging het om de vraag of een ministeriële regeling, die uitvoering gaf aan het verplichte metrische gewichtseenheidensysteem van de EU, kon derogeren aan de *Weights and Measures Act* 1985. De rechter oordeelde dat dat inderdaad kan.



*negative resolution procedure*, waarbij het parlement stilzwijgend het ontwerp van de ministeriële regeling kan goedkeuren, en de *affirmative resolution procedure*, waarbij het ontwerp de nadrukkelijke goedkeuring van het parlement behoeft. Het staat de minister vrij zelf een van deze twee vormen te kiezen. Het voordeel van dergelijke algemene machtigingen is dat, bijvoorbeeld in geval van gedelegeerde implementatie van richtlijnen, ten opzichte van de normale parlementaire wetsprocedure veel tijd kan worden gewonnen. Het nadeel is het verlies van parlementaire controle en daardoor ook van legitimatie en draagvlak voor die door de regering vastgestelde regels. In het Verenigd Koninkrijk maakt het parlement weinig gebruik van de mogelijkheden om voorstellen voor *ministerial orders* of *regulations* kritisch te behandelen. Het komt nauwelijks voor dat een voorstel onder het systeem van bijvoorbeeld de ECA 1972 door het parlement wordt geblokkeerd.<sup>62</sup> De Britten hebben geprobeerd dit verlies aan parlementaire inbreng te compenseren door steekproefsgewijze parlementaire controle op rechtmatigheid van *statutory instruments* na de vaststelling ervan. Er bestond al wat langere tijd een Parliamentary Joint Committee on Statutory Instruments, die eigenlijk alleen maar keek naar enkele technische aspecten van gedelegeerde regelgeving. Door het Hogerhuis is in 2003 een tijdelijke Select Committee on the Merits of Statutory Instruments ingesteld. Die tijdelijke commissie kijkt niet alleen naar rechtmatigheid (voldoende basis) maar ook naar andere aspecten. De proef was zo'n succes dat het Merit Committee ook na 2004 zijn werkzaamheden doorzet. Mogelijk zal deze commissie fuseren met de *Joint Scrutiny Committee on Statutory Instruments*.<sup>63</sup>

## 6 CONCLUSIE: NIEUW STAATSRECHT OVER AFWIJKEN

Een opvallende uitkomst van rechtsvergelijkend onderzoek dat we in 2004-2005 uitvoerden naar processen, technieken en instrumenten die in verschillende lidstaten worden gebruikt om richtlijnen om te zetten, is dat in nagenoeg alle zes onderzochte lidstaten ca. 80% (met uitzondering van Frankrijk) wordt omgezet via gedelegeerde regelgeving.<sup>64</sup> Nederland zit ook rond die koers. En al die lidstaten doen dat binnen hun reguliere constitutionele raamwerk. Dat is ontvullend nieuws voor diegenen die bepleiten dat we nieuwe, ruime delegatieconstructies en regelingsvormen nodig hebben om de omzetting van richtlijnen te bespoedigen.

62 Steunenberg & Voermans 2005b, p. 153-154.

63 Die Merit commissie werd in 2007 zelfs gekozen tot House Magazine's Select Committee of the Year 2007. Zie o.a. [http://www.parliament.uk/parliamentary\\_committees/merits/merits\\_reports\\_and\\_publications.cfm](http://www.parliament.uk/parliamentary_committees/merits/merits_reports_and_publications.cfm).

64 Voermans & Steunenberg 2005a, p. 211.

We hebben eigenlijk niet meer instrumenten nodig, misschien zelfs wel wat minder. De koortsachtige zoektocht naar de graal van supersnelle richtlijnomzetting leerde namelijk iets anders: dat er in Nederland al betrekkelijk veel wettelijke delegatiebepalingen bestaan, die lagere regelgevers toestaan af te wijken van wetten in formele zin. In 2006 bijna in zo'n 300 gevallen en in 2008 nog steeds 265, waaronder heel wat mogelijk problematische afwijkingen. Delegatiebepalingen die het bestuur de mogelijkheid geven om regels te stellen die afwijken van de wil van de wetgever. Die uitkomst illustreert niet alleen weer eens te meer onze gouvernementele bestuurs- en wetgevingscultuur,<sup>65</sup> maar onderscheidt ons ook van andere lidstaten van de EU. Ook in Frankrijk, Spanje en het Verenigd Koninkrijk wordt afwijking van wetten door lagere regelingen wel eens toegestaan, maar dan is dat altijd onder strikte voorwaarden (voorhangen van het voorstel, tijdelijkheid van een delegatie, benodigde parlementaire goedkeuring, en soms ook controle achteraf zoals in het Verenigd Koninkrijk).

Je kunt je natuurlijk afvragen of afwijken van hogere regelingen via een lagere regeling nu zo'n ramp is. Het strijdt in potentie met een vloot van rechtsbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel, het primaat van de wetgever en het daarmee samenhangende verbod op blanco delegatie, het beginsel van de normenhiërarchie en het *actus contrarius*-beginsel (dat inhoudt dat een regeling alleen maar gewijzigd kan worden door een regeling van gelijke rang), en de democratische kant van het legaliteitsbeginsel (inhoudende dat binding van rechtsgenoten alleen door medewerking van hun vertegenwoordigers mag gebeuren).<sup>66</sup> Het probleem is dat die beginselen het nog niet hebben gered tot de eredivisie van het positieve recht en – hoewel erkend in doctrine en soms in de jurisprudentie – in het voorgeborchte het moeten hebben van de kracht van de argumentatie die er aan ten grondslag ligt. Dat afwijken in strijd zou zijn met artikel 81 van de Grondwet valt niet vol te houden. De Grondwet regelt in de artikelen 81 e.v. een procedure, niet meer en niet minder.

Hoe lastig dat pad van de elaborerende doctrinaire en jurisprudentiële rechtsontwikkeling ook is, er lijkt toch een doorbraak te zijn geforceerd in de wijze waarop we met afwijkingsmogelijkheden omgaan. Het huidige kabinet gaat – als het daar tenminste de ministeries in meekrijgt – het mes zetten in de problematische afwijkingsbevoegdheden, hetgeen per saldo toch winst genoemd mag worden. Het *néant* lijkt inderdaad te transformeren tot het *être*. Ook worden er serieuze pogingen ondernomen om te voorkomen dat in de toekomst vanuit een soort legislatieve luiheid weer snel naar het middel van de afwijkingsbevoegdheden gegrepen wordt. In zijn brief van 11 mei 2008

65 Zie ook W. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid*, oratie Universiteit Leiden, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 45.

66 Ik noemde dat eerder juridische zelfbepaling. Zie Voermans 2004, p. 4.

doet de Minister van Justitie een voorstel voor een nieuwe aanwijzing 33a en een gewijzigde aanwijzing 34. Per 13 september 2008 zijn die wijzigingen ook van kracht geworden. De tekst van de nieuwe aanwijzingen luidt:

*'Aanwijzing 33a*

1. In een hogere regeling wordt niet toegestaan dat daarvan bij lagere regeling wordt afgeweken.
2. Een uitzondering kan worden gemaakt voor:
  - a. afwijkende regelingen die bij wijze van experiment worden ingevoerd;
  - b. afwijkende regelingen ten behoeve van noodsituaties.

*Aanwijzing 34*

1. In een hogere regeling wordt niet toegestaan dat deze bij lagere regeling wordt gewijzigd.
2. Een uitzondering kan worden gemaakt voor het routinematig aanpassen van bedragen en tarieven en voor wetstechnische aanpassingen van verwijzingen naar EU-regelingen of onderdelen daarvan.
3. In een delegatiebepaling waarin wijziging van een hogere regeling door een lagere regeling mogelijk wordt gemaakt, wordt uitsluitend de term "wijzigen" gebruikt.'

Weer een staaltje staatsrechtvorming via de Aanwijzingen,<sup>67</sup> al moeten we dat hier niet al te zeer overdrijven. Aanwijzing 33a doet in wezen niet meer dan het naar voor halen in de hoofdtekst van wat voorheen de toelichting bij aanwijzing 34 stond. Daarbij komt nog dat het onderscheid dat tussen 'afwijken' en 'wijzigen' wordt aangelegd in de aanwijzingen 33a en 34 volgens mij op zijn minst gekunsteld is. In de letterlijke zin van het woord kun je geen wet wijzigen bij een lagere regeling, zoals aanwijzing 34 doet geloven. Het *actus contrarius*-beginsel verzet zich daartegen. De aanpassingen waarover het tweede lid van aanwijzing 34 het heeft zijn gewoon afwijkingen van de wettelijke norm, maar ze zijn niet problematisch. Er wordt geen afstand genomen van de oorspronkelijke wil van de wetgever. Als je met alle geweld het taboewoord 'afwijken' wilt vermijden, noem het dan maar gewoon 'aanpassen', lukt dat (bijvoorbeeld om taaltechnische reden) niet, dan voor de draad er mee: 'afwijken'.

---

67 De Aanwijzingen vormen – als loutere beleidsregel – inmiddels een behoorlijk fonds van staatsrechtelijke regels. Normen waaraan het bestuur zich gebonden weet bij het uitoefenen van de bevoegdheid tot regelgeving. Zo vinden we daar alleen opgetekend de norm van het primaat van de wetgever, de doctrinaire betekenis van algemeen verbindend voorschrift en de mores bij de hantering van regelingsvormen op het niveau van de rijksoverheid, de delegatienormen (inclusief het al dan niet afwijken), tot voor kort ook de regels die de instelling van zelfstandige bestuursorganen beheersen, etc. etc. In de Aanwijzingen is de laatste 15 jaar menig staatsrechtelijk vraagstuk beslecht. Zwartkijkers zullen misschien zeggen: 'gesmoord'.

---

Eén vraag blijft, aan het eind van deze ommegang, knagen. Gooien we met de hele afwijkingsmijdende operatie die nu is ingezet niet gedeeltelijk het kind met het badwater weg? Besturen en regeringen moeten wat bandbreedte hebben – zelfs buiten gevallen van spoedeisende nood en rampenij om – met vooruitziende blik te kunnen regelen. In een enkel geval zelfs in afwijking van bestaande regels. Dat is een soort wijsheid die in de constituties van Frankrijk, Spanje (en ook Italië) en het Verenigd Koninkrijk is ingebakken. In al die landen is de oplossing gezocht in procedurele controlemiddelen die er toe strekken dat het parlement – weliswaar soms na de feiten – er bij wordt betrokken en altijd de laatste stem heeft. Verder zijn ook de gevolgen van wetsdecreten goed geregeld. Dat is iets om eens over na te denken, zeker in zo'n gouvernementeel land als Nederland, waarin wij aanmodderen met constitutioneel omstreden lapmiddelen zoals afwijkingsconstructies en zelfstandige algemene maatregelen van bestuur.